

Grenzen voor de EU-wetgever bij het machtigen van Europese agentschappen

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2014). Grenzen voor de EU-wetgever bij het machtigen van Europese agentschappen. *RegelMaat*, 29(3), 123-141. <https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2014029003002>

Document status and date:

Published: 01/01/2014

DOI:

[10.5553/RM/0920055X2014029003002](https://doi.org/10.5553/RM/0920055X2014029003002)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Grenzen voor de EU-wetgever bij het machtigen van Europese agentschappen

M. Chamon

Op 22 januari 2014 velde het Hof van Justitie een langverwacht arrest met betrekking tot de mogelijkheid voor de EU-wetgever om de Europese Autoriteit voor Effecten en Markten (ESMA), een EU-agentschap,¹ de bevoegdheid toe te kennen om het *shorten* van financiële instrumenten in uitzonderlijke gevallen te verbieden of aan voorwaarden te onderwerpen.²

Dit arrest was langverwacht aangezien het raakt aan de meer algemene vraag hoever de EU-wetgever kan gaan in het machtigen van EU-agentschappen, organen van secundair recht die niet voorzien zijn in de EU-Verdragen.³ De procedure *in casu* werd gestart door het Verenigd Koninkrijk (VK) en is daarom ook niet toevallig te situeren in de context van de regulering van de financiële sector. Het VK was de enige lidstaat in de Raad die tegen Verordening 2012/236/EU gestemd had en stelde nadien een beroep in aangezien het de bevoegdheidstoedeling in artikel 28 van de Verordening voor onbestaanbaar met de Verdragen hield en dit omwille van vier redenen. Zo ging de bevoegdheidsoverdracht volgens het VK te ver in het licht van de beginselen neergelegd in zowel de *Meroni*-zaak als de *Romano*-zaak. Het VK oordeelde verder dat de handelingen die ESMA zou aannemen bij het uitoefenen van de gecontesteerde bevoegdheid, uitvoerings- of gedelegeerde handelingen zouden zijn onder artikelen 290 en 291 VWEU, terwijl deze artikelen de bevoegdheid hiertoe reserveren aan de Commissie. Als laatste middel argumenteerde het VK dat de Verordening niet had kunnen vastgesteld worden op basis van de harmonisatieprovisie van artikel 114 VWEU, indien ze ESMA ook zou toelaten om individuele besluiten te nemen jegens particulieren. In wat volgt, zal echter enkel ingegaan worden op de eerste drie middelen van het VK om de huidige stand van zaken met betrekking tot de grenzen aan de machtiging van Europese agentschappen door de wetgever te duiden.

- 1 De EU-agentschappen zoals in deze tekst gebezigd zijn permanente organen met eigen rechtspersoonlijkheid onder EU-publiekrecht, opgericht door de EU-instellingen. In zekere zin zijn ze vergelijkbaar met de publiekrechtelijke ZBO's.
- 2 HvJ EU 22 januari 2014, zaak C-270/12, *short selling*, n.n.g.
- 3 Er zij opgemerkt dat de EU-agentschappen wel vermeld worden in de EU-Verdragen, althans in een aantal taalversies zoals de Engelse, maar de Verdragen bevatten geen rechtsbasis die expliciet toelaat om EU-agentschappen op te richten en ze bevoegdheden toe te bedelen. Uitzonderingen hierop zijn Eurojust, Europol en het Europees Defensie Agentschap.

1. Het belang van Europese agentschappen in de toepassing en ontwikkeling van het EU-recht

Vooraleer in te gaan op de gevolgen van de *short selling*-zaak voor het vraagstuk van de bevoegdheidstoedeling door de EU-wetgever aan EU-agentschappen, is het nuttig het belang van deze organen in de EU-rechtsorde toe te lichten. De agentschappen hebben voornamelijk een tweeledige functie. Enerzijds zorgen zij voor een meer uniforme implementatie van het EU-recht,⁴ anderzijds zijn zij expertisecentra waaruit de instellingen (voornamelijk de Commissie) kunnen putten bij het uitwerken van nieuw EU-recht. Intussen zijn er meer dan 30 agentschappen opgericht in domeinen zoals luchtvaartveiligheid, milieu, geneesmiddelen, voedselveiligheid, politionele samenwerking, asiel, energie, grensbewaking, financiële diensten, treinverkeer, intellectuele eigendom, telecom, beroepsopleiding, mensenrechten, chemicaliën, netwerkveiligheid, enzovoort. Deze agentschappen oefenen bevoegdheden uit die gaan van het verzamelen van informatie, het nemen van individuele besluiten ten aanzien van particulieren of nationale administraties, het opleggen van boetes aan particulieren, het opstellen van uitvoerende of gedelegeerde handelingen tot het uitwerken van wetgevingsvoorstellen voor de Commissie, enzovoort.

Op dit vlak valt een belangrijke ontwikkeling op te merken, waarbij de EU-wetgever de laatste jaren alsmaar verdergaande bevoegdheden heeft toegekend aan agentschappen. Bij wijze van illustratie: het Europees Milieuagentschap opgericht in 1990 kan enkel informatie verzamelen en rapporten opmaken. ESMA daarentegen, opgericht in 2010, staat de Commissie bij in het opmaken van uitvoerende en gedelegeerde handelingen, kan boetes opleggen aan particulieren, kan instructies opleggen aan een nationale autoriteit en kan onder Verordening 2012/236/EU ook materiële wetgeving aannemen. Zoals hiervoor opgemerkt ontspant dit proces zich in een zeker juridisch vacuüm, aangezien er geen expliciete rechtsbasis in de Verdragen is om agentschappen op te richten en te machtigen. Wat meer is, onder een strikte interpretatie van de Verdragen volgt de conclusie dat de functies uitgeoefend door EU-agentschappen, toebehoren aan ofwel de nationale administraties ofwel de Commissie. Wanneer de EU-wetgever bijgevolg een EU-agentschap opricht en machtigt, roept dit ook de vraag op of het hiermee geen inbreuk pleegt op de prerogatieven van de Commissie zoals neergelegd in de Verdragen, het constitutioneel handvest van de EU.⁵

In de *short selling*-zaak werd de vraag hoever de EU-wetgever kan gaan in het machtigen van een EU-agentschap voor het eerst voorgelegd aan het Hof van Justitie. Uit het belang van het proces van agentificatie in de EU, zojuist uiteengezet,

4 In de EU-rechtsorde is het in de regel immers aan de nationale administraties om het EU-recht uit te voeren. In een Unie van 28 lidstaten en met betrekking tot EU-recht dat in toenemende mate gedetailleerd en complex is, veronderstelt een voldoende uniforme implementatie immers enige coördinatie op EU-niveau.

5 Zie HvJ EG 23 april 1986, zaak 294/83, *Les Verts*, Jur. 1986, 1339, r.o. 23.

volgt dan ook het (potentieel) groot belang van het vonnis van het Hof in deze zaak.

2. *Meroni en Romano* voorafgaand aan de *short selling*-zaak

Voorafgaand aan *short selling* waren de arresten *Romano* en vooral *Meroni* reeds veelbesproken in de doctrine om de limieten te identificeren die de wetgever moet respecteren bij een bevoegdheidstoedeling aan een EU-agentschap. De academische discussie liet zich echter kenmerken door een grote onduidelijkheid en de consensus die er was, steunde op impliciete en contentieuze aannames.⁶ Vooraleer hierop in te gaan is het dus nuttig om kort in te gaan op beide arresten.

Het *Meroni*-arrest dateert van 1958 en dient binnen het kader van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) gesitueerd te worden.⁷ Onder artikel 53 (a) EGKS kon de Hoge Autoriteit (er was nog geen sprake van de Europese Commissie) ‘goedkeuren dat op door haar te stellen voorwaarden en onder haar toezicht, door verscheidene ondernemingen gemeenschappelijk financiële voorzieningen worden getroffen, welke naar haar oordeel noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de taken [van de EGKS].’ Deze ondernemingen hadden hiertoe twee coöperatieve vennootschappen opgericht, de zogenoemde Brusselse Agentschappen, waaraan de Hoge Autoriteit vervolgens een aantal bevoegdheden had toegekend in het prijsvereveningsstelsel voor schrootijzer.

De vraag aan de orde in *Meroni* was dus geenszins of de Hoge Autoriteit de Brusselse Agentschappen kon inschakelen in het beleid, aangezien het Verdrag voorzag dat de ondernemingen in de staalsector inderdaad voorzieningen konden treffen. Wel aan de orde was de vraag of de Hoge Autoriteit hierin niet te ver was gegaan. Het Hof oordeelde o.a. dat ‘slechts die delegatie van bevoegdheid geoorloofd [kan] worden geacht, welke “noodzakelijk is voor de uitvoering van de in artikel 3 omschreven taken [van de EGKS]” zodanige overdracht mag echter slechts uitvoerende bevoegdheden tot voorwerp hebben, welke nauwkeurig zijn omschreven en die in haar uitoefening geheel aan de controle van de Hoge Autoriteit zijn onderworpen.’⁸ De uitvoerende bevoegdheden waarvan sprake had het Hof gejuxtaponeerd met discretionaire bevoegdheden. Bij de eigenlijke toetsing van het ingevoerde stelsel kwam het Hof tot de conclusie dat de Hoge Autoriteit onvoldoende controle had uitgeoefend en dat de bevoegdheden in kwestie sowieso discretionair van aard waren.

6 Zo geven bijvoorbeeld veel auteurs niet aan waarom *Meroni*, gewezen onder het EGKS-Verdrag, toepasbaar zou zijn in het kader van het VWEU. Ook wordt het evenwicht der bevoegdheden, waarnaar het Hof verwees in *Meroni* zonder verdere analyse door veel auteurs gelijkgeschakeld met het institutioneel evenwicht zoals 30 jaar later gedefinieerd door het Hof in de *Tsjernobyl*-zaak (HvJ EG 22 mei 1990, zaak 70/88, Jur. 1990, p. I-2041).

7 Zie HvJ EGKS 13 juni 1958, zaak 9/56, *Meroni*, Jur. 1958, p. 11.

8 *Meroni*, p. 45.

Doordat het Hof echter in zijn analyse juridische bedenkingen had bij verschillende elementen van het ingevoerde stelsel, is er geen eensgezindheid in de rechtsleer aangaande de exacte inhoud van de *Meroni*-doctrine, waarvan het bestaan op zich algemeen wordt aangenomen. Eén element dat door alle auteurs weerhouden wordt, is dat discretionaire bevoegdheden niet gedelegeerd kunnen worden.⁹ Daarnaast wordt door sommigen echter ook vermeld dat (1) een bevoegdheid expliciet gedelegeerd moet worden;¹⁰ (2) een delegerende autoriteit niet meer bevoegdheden kan delegeren dan deze die zij zelf bezit,¹¹ (3) een delegatie noodzakelijk moet zijn in het licht van de beleidsdoelstelling,¹² (4) de delegerende autoriteit toezicht moet blijven uitoefenen;¹³ en (5) de delegatie er niet toe mag leiden dat het rechterlijk toezicht wordt afgezwakt.¹⁴

Omtrent de gevolgen van een delegatie van discretionaire bevoegdheden had het Hof ook verder opgemerkt dat 'in het evenwicht der bevoegdheden een fundamentele waarborg [mag] worden gezien, welke bij het Verdrag in het bijzonder wordt toegekend aan de ondernemingen en aan de verenigingen van ondernemingen. Wordt een discretionaire bevoegdheid overgedragen aan andere gezagsorganen dan die welke krachtens het Verdrag tot de uitoefening daarvan en het toezicht daarop zijn geroepen dan betekent zulks een inbreuk op bedoelde waarborg.'¹⁵ Op grond hiervan merken veel auteurs op dat het institutioneel evenwicht ook deel uitmaakt van de *Meroni*-doctrine,¹⁶ terwijl anderen stellen dat de doctrine steunt op het institutioneel evenwicht.¹⁷ Het institutioneel evenwicht zelf is echter een bijzonder onduidelijk beginsel in het EU-recht en daar waar het Hof in *Meroni* er nog een 'fundamentele waarborg voor particulieren' in zag, merkte het in *Vreugdenhil* op dat het 'stelsel van verdeling van de bevoegdheden tussen de instellingen van de Gemeenschap strekt (...) tot handhaving van het in het EEG-Verdrag voorziene evenwicht tussen de instellingen en niet tot bescherming van particulieren.'¹⁸

9 Zie bijv. B.J. Drijber, *Meroni/Hoge Autoriteit*, in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten & S. Prechal (red.), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 10.

10 Zie o.a. J.-V. Louis, *Le Fonds Européen de Cooperation Monétaire*, (1973) 9 CDE 3, p. 290.

11 Zie o.a. D. Geradin, *The Development of European Regulatory Agencies: What the EU should learn from the American Experience*, (2004) 11 CJEUL1, p. 9-10.

12 Zie T. Tridimas, *Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA*, in: N. Shuibhne & L. Gormley (eds.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 60.

13 Zie o.a. M. Blanquet, *Agences de l'union et gouvernance européenne*, in: J.-F. Couzinet (red.), *Les Agences de l'Union européenne*, Toulouse: Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse 2002, p. 64.

14 Zie o.a. B. Remmert, *Die Gründung von Einrichtungen der mittelbaren Gemeinschaftsverwaltung*, (2003) 37 *Europarecht* 1, p. 139.

15 *Meroni*, p. 46.

16 Zie o.a. W.J.M. Voermans, *Delegeren is een kwestie van vertrouwen*, *RegelMaat* 2010, 4, p. 166.

17 Zie o.a. M. Wittinger, *Europäische Satelliten: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht*, (2008) 42 *Europarecht* 5, p. 618.

18 HvJ EG 13 maart 1992, zaak C-282/90, *Vreugdenhil*, Jur. 1992, p. I-1937, r.o. 20.

Dat er veel onduidelijk heerst omtrent het *Meroni*-arrest is bijgevolg een understatement: er is geen consensus over de elementen die deel uitmaken van de doctrine; het onderscheid tussen uitvoerende en discretionaire bevoegdheden is mooi in theorie, maar moeilijk te trekken in de praktijk; en er is de verwijzing naar het vage begrip van evenwicht der bevoegdheden, dat nadien door het Hof nog geherinterpreteerd werd.

Naast deze onduidelijkheden inherent aan het *Meroni*-arrest zelf was er de vraag of dit arrest een relevant precedent is voor de EU-agentschappen, zoals ESMA. EU-agentschappen zijn immers publieke en geen private instellingen; opereren binnen het *traité-cadre* van het VWEU (en VEU) in plaats van het *traité-loi* van de EGKS; worden gemachtigd door de EU-wetgever en niet door de Commissie (Hoge Autoriteit); enzovoort.¹⁹

Deze verschillen spelen minder bij het *Romano*-arrest dat dateert van 1981 en onder het EEG-Verdrag gewezen werd. In *Romano* had de Raad in Verordening 71/1408/EG een Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers opgericht en het een aantal bevoegdheden gegeven. Een van deze bevoegdheden was het interpreteren van het relevante Europese recht (ten behoeve van de nationale administraties). In *Romano* was de vraag aan de orde of de Belgische sociale zekerheidsinstelling (en/of de nationale rechter) gebonden was door een interpretatie van de Administratieve Commissie. Het Hof, verwijzend naar (1) het gebrek aan rechtsmiddelen tegen besluiten van de Administratieve Commissie en (2) de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie onder artikel 155 van het Verdrag, oordeelde 'dat een lichaam als de Administratieve Commissie door de Raad niet kan worden gemachtigd normatieve besluiten vast te stellen.'²⁰ De enige onduidelijkheid inherent aan het *Romano*-arrest is dan waarom het Hof dit verbod ogenschijnlijk beperkte tot het vaststellen van normatieve besluiten, aangezien er in het licht van de bezwaren van het Hof, vgl. mogelijke rechtsmiddelen en de prerogatieven van de Commissie, in wezen geen verschil is tussen een normatief of een individueel besluit.

De Verdragswijzigingen na *Romano* introduceerden echter ook hier verdere onduidelijkheid. Zo vinden we het oorspronkelijke artikel 155 EG-Verdrag, vierde streepje (aangaande de uitvoeringsbevoegdheden van de Commissie) nu sterk gewijzigd terug in artikelen 290 en 291 VWEU en staan er sinds het Verdrag van Lissabon wel rechtsmiddelen open tegen het optreden van alle organen of instanties van de Unie. Minstens de helft van de bezwaren van het Hof in *Romano* werd aldus geadresseerd.

Hoewel hoofdzakelijk bedebatteerd in de rechtsleer, bleken ook de EU-instellingen zelf niet blind voor de *Meroni*- en *Romano*-arresten. Daarbij zijn de Commissie, de Raad en het Parlement alle van mening dat deze jurisprudentie inderdaad

19 Zie M. Chamon, EU Agencies between *Meroni* and *Romano* or the Devil and the Deep Blue Sea, (2011) 48 Common Market Law Review 4, p. 1059. Zie ook de conclusie van A-G Jääskinen in zaak C-270/12, n.n.g., r.o. 69.

20 HvJ EG 14 mei 1981, zaak 98/80, *Romano*, Jur. 1981, p. 1241, r.o. 20.

relevant is voor de EU-agentschappen. Hier moet echter ook gewezen worden op het politieke spel. Zo gebruikt de Commissie *Meroni* (en *Romano*) voornamelijk om haar eigen positie te verdedigen door te verhinderen dat de wetgever al te machtige agentschappen opricht en om te verzekeren dat het aan de Commissie zelf blijft om belangrijke uitvoerende besluiten aan te nemen (eventueel na adviezen van EU-agentschappen).²¹ Een goed voorbeeld hiervan is de bevoegdheid om geldelijke boetes op te leggen aan particulieren. Toen het Europees Parlement in 2008 voorstelde om deze bevoegdheid aan het Europees Energieagentschap (ACER) toe te kennen,²² verwierp de Commissie deze suggestie nog door op te merken dat de *Meroni*-doctrine dit niet toelaat.²³ Vier jaar later echter werd een identieke bevoegdheid wel toegekend aan, opnieuw, ESMA.²⁴

Voorafgaand aan de *short selling*-zaak werd bijgevolg aangenomen dat omwille van *Meroni* en *Romano*, de EU-wetgever geen discretionaire bevoegdheden, noch de bevoegdheid om normatieve besluiten vast te stellen, mocht toekennen aan EU-agentschappen. Hoe deze begrippen nu echter juist geïnterpreteerd moesten worden, of dit de enige limieten waren die uit *Meroni* en *Romano* vloeiden en of deze twee arresten überhaupt van toepassing zijn op de machtiging van agentschappen, was geen uitgemaakte zaak.

3. De *short selling*-zaak

De middelen opgeworpen door het VK met betrekking tot *Meroni* en *Romano* waren dan evident. Zo argumenteerde het VK (impliciet) dat beide arresten van toepassing zijn op machtigingen aan EU-agentschappen. Verder argumenteerde het VK dat de beginselen uit beide arresten geschonden werden doordat ESMA een discretionaire bevoegdheid toegekend werd en dat de gecontesteerde verordening een machtiging aan ESMA inhield om normatieve besluiten vast te stellen. Het Hof had uiteraard verschillende opties bij de beoordeling van deze middelen,²⁵ maar indien het *Meroni* en *Romano* zonder herinterpretatie zou hebben toegepast op het voorgelegde probleem, had het niet anders gekund dan de vordering van het VK toe te kennen.²⁶ Het Hof verwierp echter alle middelen van het VK (niet enkel die met betrekking tot *Meroni* en *Romano*) en liet daarbij inte-

21 Zie o.a. Europese Commissie, Ontwerp Interinstitutioneel akkoord betreffende een kader voor Europese regelgevende agentschappen, COM (2005)59 definitief, p. 5.

22 Zie art. 12 van de Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 18 juni 2008 inzake het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van een Agentschap voor de samenwerking tussen energieregelgevers, PbEU 2009, C 286E/149.

23 Zie European Commission, 18 juni 2006, 'Commission Position on EP Amendments at first reading', SP(2008)4439 <<http://www.europarl.europa.eu/oel/spdoc.do?i=15160&j=0&l=en>>.

24 Zie art. 65 van Verordening 2012/648/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters, PbEU 2012, L 201/1.

25 Voor een bespreking van deze opties, zie M. Chamon, *Le recours à la soft law comme moyen d'éviter les obstacles constitutionnels au développement des agences de l'UE*, (2014) *Revue de l'Union européenne*, te verschijnen.

26 In die zin ook A. Orator, *Die unionsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffsbefugnissen der ESMA im Bereich von Leerverkäufen*, (2013) 24 *EuZW* 22, p. 855.

ressante zaken optekenen die bijzonder relevant zijn voor de verdere agentificatie van de uitvoerende macht van de EU.

3.1 *De relatie tussen Meroni en Romano*

Wat betreft de toepasbaarheid van *Meroni* en *Romano* op de EU-agentschappen werd verduidelijkt dat beide arresten inderdaad limieten stellen aan de machtiging van agentschappen door de EU-wetgever. Het Hof merkte hierbij op dat beide arresten eenzelfde kader neerleggen, aangezien *Romano* in wezen niets toevoegt aan *Meroni*. In de woorden van het Hof: '[U]it het arrest *Romano* [kan] niet worden afgeleid dat voor de delegatie van bevoegdheden aan een instantie als ESMA andere voorwaarden gelden dan die welke zijn uiteengezet in het arrest *Meroni*.'²⁷ Hiermee is het Hof opvallend duidelijk wat betreft de relatie tussen beide arresten, daar waar advocaat-generaal Jääskinen ze tezamen beschouwde zonder evenwel *Romano* volledig onder *Meroni* te subsumeren.²⁸

De EU-wetgever hoeft zich in de toekomst bijgevolg niet meer te bekommeren om *Romano*, hoewel deze zaak striktere grenzen leek te stellen aan het machtigen van Verdragsvreemde organen (zoals de agentschappen) dan *Meroni*.

3.2 *De toepassing van Meroni*

Wat *Meroni* betreft, merkte het Hof op dat het in dat arrest 'in wezen [heeft] vastgesteld dat de gevolgen van een delegatie van bevoegdheden sterk variëren naargelang deze delegatie betrekking heeft op nauwkeurig omschreven uitvoerende bevoegdheden, waarvan de uitoefening dus nauwgezet kan worden getoetst aan objectieve, door het delegerende gezag vastgestelde criteria, dan wel op een "discretionaire bevoegdheid (...), die een grote vrijheid van waardering veronderstelt en waarvan de uitoefening zelfs kan resulteren in het voeren van een waar economisch beleid".'²⁹ Het Hof legde bijgevolg de nadruk op het kernelement van de *Meroni*-doctrine, zonder de andere elementen aan te halen. Hierin verschilt het arrest opnieuw van de conclusie van de advocaat-generaal die *Meroni* op meer complete wijze aanhaalde.³⁰

In elk geval oordeelde het Hof dat 'de bevoegdheden waarover ESMA krachtens artikel 28 van verordening nr. 236/2012 beschikt, nauwkeurig omkaderd [zijn] en [...] door de rechter [kunnen] worden getoetst aan de door het delegerende gezag vastgelegde doelstellingen. Deze bevoegdheden voldoen dus aan de vereisten van het arrest *Meroni* t. Hoge Autoriteit. Anders dan verzoeker stelt, impliceren deze bevoegdheden dus niet dat ESMA een met het VEU strijdige "ruime discretionaire bevoegdheid" heeft in de zin van dat arrest.'³¹ Om tot deze conclusie te komen, legde het Hof sterk de nadruk op de context waarbinnen deze bevoegdheid van ESMA moet gesitueerd worden. Enigszins opmerkelijk wees het Hof daarbij eerst

27 *Short selling*, r.o. 66.

28 Zie de conclusie van A-G Jääskinen, r.o. 70-2.

29 *Short selling*, r.o. 41.

30 Zie de conclusie van A-G Jääskinen, r.o. 62.

31 *Short selling*, r.o. 53-54.

op het gegeven dat de Brusselse Agentschappen uit *Meroni* opgericht waren onder privaatrecht, terwijl ESMA een EU-agentschap is, opgericht door de EU-wetgever, zonder evenwel in te gaan op de concrete consequenties van dit verschil.³² Vervolgens merkte het Hof op dat de gecontesteerde bevoegdheid *in casu* niet verder gaat dan hetgeen het regelgevingskader neergelegd door de ESMA-oprichtingsverordening, voorziet.

Inderdaad, in wezen was de gecontesteerde bevoegdheid van de ESMA niets meer dan een concretisering van hetgeen de ESMA-oprichtingsverordening reeds ‘aankondigde’ in haar artikel 9 lid 5, dat luidt: ‘De Autoriteit kan bepaalde financiële activiteiten tijdelijk verbieden of beperken als zij een bedreiging vormen voor het ordelijk functioneren en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele financiële systeem van de Unie of een deel ervan in de gevallen die gespecificeerd zijn en onder de voorwaarden die zijn vastgelegd in de wetgevingshandelingen als bedoeld in artikel 1, lid 2.’³³ Laatstgenoemd lid verwijst daarbij zowel naar de van kracht zijnde wetgeving ten tijde van de aanneming van de ESMA-oprichtingsverordening als naar alle toekomstige relevante regelgeving. Het Hof benadrukte deze ‘aankondiging’ nog een tweede maal verder in het arrest.³⁴ Dit is enigszins opmerkelijk aangezien niet vermoed kan worden dat het Hof hiermee wil suggereren dat een mogelijk gebrek in Verordening 2012/236/EU zou kunnen toegedeckt worden door de aankondiging van dit gebrek in de ESMA-oprichtingsverordening. Als bovendien de context waarin een bevoegdheid wordt uitgeoefend van essentieel belang is om het discretionair karakter ervan na te gaan, zoals het Hof suggereert (vgl. *infra*), kon ook niet van verzoeker *in casu* verwacht worden dat hij de nietigheid had gevorderd van artikel 9 lid 5 van de ESMA-oprichtingsverordening, zonder af te wachten hoe deze bepaling verder zou geconcretiseerd worden door de wetgever.

Het Hof wees verder ook op de verschillende ‘criteria en voorwaarden, die de speelruimte van ESMA beperken.’³⁵ Hierin ligt volgens het Hof ook een verschil met de Brusselse Agentschappen uit *Meroni* (meer hierover, *infra*). Als deel uitmakend van deze criteria en voorwaarden merkte het Hof op dat ESMA slechts kan optreden wanneer er een systeembedreiging bestaat waartegen de nationale autoriteiten niet of onvoldoende hebben opgetreden. Verder moet ESMA rekening houden, overeenkomstig artikel 28 lid 3 van Verordening 2012/236 EU, met de mate waarin haar maatregel effectief bijdraagt tot het beoogde doel, geen risico op regelgevingsarbitrage veroorzaakt en geen disproportioneel negatieve gevolgen heeft voor de efficiëntie van de financiële markten.

Het Hof merkte op dat al deze voorwaarden cumulatief opgelegd zijn aan ESMA. Vervolgens wees het Hof erop dat ESMA, voorafgaand aan het vaststellen van

32 *Short selling*, r.o. 43

33 Zie Verordening 2010/1095/EU van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit, PbEU 2010, L 331/84.

34 Zie *short selling*, r.o. 44 en 49.

35 *Short selling*, r.o. 45.

maatregelen, overleg moet plegen binnen het Europees comité voor systeemrisico's (ECSR). Tot slot haalde het Hof de bevoegdheid van de Commissie aan, onder artikel 30 van Verordening 2012/236/EU, om gedelegeerde handelingen vast te stellen die uiteenzetten in welke gevallen de beoogde systeembedreigende scenario's zich voordoen. De Commissie had deze bevoegdheid inderdaad ook uitgeoefend door middel van de aanname van Verordening 2012/918/EU.

Hoewel het gemakkelijk over het hoofd gezien zou kunnen worden, moet ook worden opgemerkt dat het Hof bij aanvang van zijn uiteenzetting, de Brusselse Agentschappen uit *Meroni* wilde afzetten tegenover ESMA. Dit deed het o.a. door te stellen dat de bevoegdheden van de Brusselse Agentschappen niet onderworpen waren aan criteria en voorwaarden gelijkaardig aan deze die van toepassing zijn wanneer ESMA haar bevoegdheden uitoefent.³⁶ Een nadere lezing van *Meroni* doet hierover echter twijfels rijzen. De beschikking waarmee de Hoge Autoriteit haar bevoegdheid had gedelegeerd aan de Brusselse Agentschappen voorzag immers dat laatste hun taken uitoefenden 'onder de verantwoordelijkheid van de Hoge Autoriteit'.³⁷ Hiertoe nam een waarnemer van de Hoge Autoriteit deel aan de beraadslagingen van de Brusselse Agentschappen en kon hij elk besluit van de Raden van Bestuur van deze instellingen reserveren aan de Hoge Autoriteit. Bovendien waren er ook voor de Brusselse Agentschappen een aantal criteria opgelegd door de Hoge Autoriteit en de Raad. Dit waren uiteraard eerder algemene criteria, vergelijkbaar met de criteria neergelegd in Verordeningen 2012/236/EU en 2012/918/EU, maar in *Meroni* legde het Hof een abstracte regel neer door te concluderen dat de besluiten van de Brusselse Agentschappen desondanks 'niet kunnen voortvloeien uit zuiver rekenkundige handelingen, gegrond op objectieve, door de Hoge Autoriteit omschreven, criteria'.³⁸ Het mag echter duidelijk zijn dat de criteria en voorwaarden opgelegd aan ESMA ook niet 'zuiver rekenkundig' kunnen toegepast worden om tot een besluit te komen. Hieruit blijkt duidelijk dat het Hof zijn *Meroni*-doctrine minder strikt heeft toegepast in de *short selling*-zaak.

De les voor de EU-wetgever hier is om bij toekomstige machtigingen aan agentschappen de context waarbinnen een agentschap zijn bevoegdheid uitoefent zodanig uit te werken dat verschillende (types) voorwaarden en criteria opgelegd worden. Het kan hier dan gaan om criteria opgelegd door de wetgever zelf of door de Commissie en voorwaarden zoals een consultatieplicht of een bijzondere motiveringsplicht bij het aannemen van bepaalde handelingen, een beperking van de geldigheid van die handelingen in de tijd, enzovoort.

3.3 *Romano* en artikelen 290 en 291 VWEU

Aangezien de verwijzing in *Romano* naar artikel 155 EEG-Verdrag een link legt tussen dit arrest en de huidige artikelen 290 en 291 VWEU (vgl. *supra*), moet ook kort ingegaan worden op de behandeling door het Hof van het derde middel opge-

36 *Short selling*, r.o. 45.

37 Zie art. 1 lid 2 van Beschikking 22/54, PbEG 1954, p. 286.

38 *Meroni*, p. 47.

worpen door het VK. Hier merkte het Hof op dat de vraag was of de Verdragsauteurs met deze twee artikelen één enkel rechtskader hebben willen creëren voor de uitoefening van gedelegeerde uitvoerende bevoegdheden door de Commissie of, daarentegen, of het aan de wetgever staat ook andere systemen uit te werken.³⁹ Inderdaad werd dit laatste uiteindelijk bevestigd door het Hof.

Hoewel de gecontesteerde bevoegdheid *in casu* gekwalificeerd kon worden als de bevoegdheid om een uitvoeringshandeling vast te stellen concludeerde het Hof anders. Het Hof verwees naar de Verdragsartikelen inzake rechtsmiddelen en merkte op dat de uitbreiding van de jurisdictie van het Hof tot de toetsing van handelingen van de organen en instanties van de EU betekenisloos zou zijn, indien zulke organen en instanties geen bindende handelingen kunnen vaststellen. Een en ander bracht het Hof ertoe te concluderen dat de gecontesteerde bevoegdheid 'met geen van de in de artikelen 290 en 291 VWEU omschreven gevallen overeen [komt],'⁴⁰ en op deze artikelen dan ook geen inbreuk maakte. Bijgevolg faalde ook het derde middel van het VK.

De EU-wetgever krijgt hierdoor bijgevolg een grote vrijheid om agentschappen in de toekomst te machtigen bepaalde handelingen, die sterk gelijkend of zelf identiek zijn aan uitvoerings- en gedelegeerde handelingen, aan te nemen. Hoewel deze artikelen de vrijheid van de wetgever om agentschappen te machtigen sterk lijken in te perken, heeft het Hof nu verduidelijkt dat ze hoegenaamd geen limiet stellen op beleidsvrijheid van de wetgever.

4. De gevolgen voor de EU-wetgever van de *short selling*-zaak

In het vorige deel werd reeds kort opgemerkt welke de gevolgen zijn met betrekking tot de mogelijkheden voor de EU-wetgever bij het machtigen van EU-agentschappen. Het is evenwel nuttig de consequenties van deze zaak verder na te gaan. Zo heeft het Hof voor het eerst duidelijk gemaakt dat enkel *Meroni* de belangrijkste test is om een bevoegdheidstoekenning aan een EU-agentschap te evalueren.

Wat betreft deze evaluatie heeft het Hof ontegensprekelijk geopteerd voor een *Meroni*-light, aangezien het in *Meroni* veel strikter was bij de beoordeling van de gedelegeerde bevoegdheden dan in de *short selling*-zaak (vgl. *supra*). Hoewel het daarenboven in eerdere zaken expliciet verwezen heeft naar verdere elementen uit de *Meroni* doctrine,⁴¹ volgt uit deze zaak dat enkel het verbod op delegatie van discretionaire bevoegdheden van belang is. Om een en ander na te gaan moet gekeken worden naar de context waarbinnen een EU-agentschap zijn bevoegdheden zou uitoefenen. Zo was het in *short selling* relevant dat de bevoegdheid *in casu* een uitzondering op de regel bleef, waarbij de nationale autoriteiten eerst aan zet zijn. Wanneer de voorwaarden ter uitoefening van de bevoegdheid vervuld waren,

39 *Short selling*, r.o. 78.

40 *Short selling*, r.o. 83.

41 Zie o.a. HvJ EG 25 mei 2005, zaak C-301/02 P, *Tralli*, Jur. 2005, p. I-4071, r.o. 43.

had ESMA ook geen volledige vrijheid aangezien ze eerst moet overleggen binnen de ECSR en haar optreden aan de criteria van artikel 28 lid 3 moet voldoen. Verder was ESMA ook gebonden aan de gedelegeerde en uitvoeringshandelingen die de Commissie aanneemt en die haar beleidsvrijheid verder kunnen inperken.

Een juiste appreciatie van een bevoegdheid kan dus niet geschieden zonder naar de context te kijken waarbinnen deze wordt uitgeoefend. Anders gesteld: of een bevoegdheid discretionair van aard is, kan men niet louter afleiden uit die bevoegdheid *an sich*. De relevante overwegingen in *short selling* lijken evenwel weinig houvast te bieden om in andere gevallen na te gaan of een bevoegdheid al dan niet discretionair van aard is. Zoals hiervoor opgemerkt doet de EU-wetgever er in de toekomst wel goed aan verschillende criteria en voorwaarden in te bouwen, wanneer belangrijke bevoegdheden worden toegekend aan agentenschappen.

Een laatste element werd ook nog aangehaald, maar minder benadrukt, door het Hof. In de passage die het Hof citeert uit *Meroni*, wordt verwezen naar de mogelijkheid om 'een waar economisch beleid' te voeren bij het oefenen van discretionaire bevoegdheden. Hier kan de vraag gesteld worden waarom het Hof hier niet verder op ingaat en dit linkt met de analyse van de context. Het Hof had dit kunnen doen door expliciet te argumenteren dat het strikt omschreven, verwijzend naar de context, kader waarbinnen ESMA de gecontesteerde bevoegdheid zou uitoefenen, haar niet toelaat 'een waar economisch beleid' te voeren. Dit zou een extra element zijn dat de wetgever kan gidsen in het wetgevend proces. Als toetssteen bij het uitwerken van de context waarbinnen het agentschap optreedt, zou de wetgever er dan over moeten waken dat de context zoals hij ze heeft voorzien, inderdaad verhindert dat het (economisch) beleid door het agentschap wordt bepaald.

5. Openstaande vragen

Hoewel dit arrest een aantal vragen beantwoordt, worden er ook een aantal niet geadresseerd en roept het ook nieuwe vragen op. Deze vragen hebben alle, rechtstreeks of onrechtstreeks, implicaties voor het vraagstuk met betrekking tot de mogelijkheden voor de EU-wetgever om agentenschappen te machtigen.

5.1 Het einde van *Romano*?

Zo erkende het Hof dat ESMA handelingen van algemene strekking kan aannemen, maar oordeelde het dat dit geen probleem oplevert onder *Romano*. Sinds het Verdrag van Lissabon erkennen artikelen 263 en 277 VWEU immers indirect dat ook organen en instanties van de EU zulke handelingen kunnen vaststellen. *Romano* zou dan niets bijbrengen aan *Meroni*. Hoewel dit idee eerder ook teruggevonden kon worden in de rechtsleer,⁴² is het bijzonder bedenkelijk. Zo heeft het Hof, noch advocaat-generaal Warner in de *Romano*-zaak verwezen naar het vonnis

42 Zie o.a. F. Comte, *Agences européennes: relance d'une réflexion interinstitutionnelle européenne?*, (2008) *Revue du Droit de l'Union Européenne* 3, p. 495.

in *Meroni*. Gelet op de raakpunten tussen beide arresten is dit sowieso opmerkelijk, maar dit zou des te meer zo zijn indien *Romano* een loutere bevestiging was van *Meroni*. Het Hof in *Romano* liet zich echter door twee duidelijke bezwaren leiden in zijn oordeel, in tegenstelling tot in zijn vonnis in *Meroni*, en zoals hiervoor ook uiteengezet heeft het Verdrag van Lissabon slechts een van deze bezwaren geadresseerd. De conclusie van het Hof in de *short selling*-zaak lijkt hier dan ook te kort door de bocht.

Dat dit meer is dan een louter theoretisch punt wordt duidelijk bij de verwerping door het Hof van het derde middel van het VK aangaande artikelen 290 en 291 VWEU. De regeling inzake gedelegeerde en uitvoeringshandelingen in deze artikelen is niet exhaustief en de wetgever kan dus andere systemen uitwerken. Hiermee heeft het Hof datgene wat nog overbleef van *Romano* effectief dood verklaard. Artikelen 290 en 291 VWEU kennen immers in nochtans striktere bewoordingen dan artikel 155 EG-Verdrag een uitvoeringsbevoegdheid toe aan de Commissie. Terwijl het Hof in *Romano* oordeelde dat artikel 155 EG-Verdrag verhinderde dat de wetgever een uitvoeringsbevoegdheid toekent aan een ander orgaan dan de Commissie,⁴³ heeft het Hof nu geoordeeld dat de wetgever wel uitvoeringsbevoegdheden mag toekennen aan een onbestemde categorie van EU-organen, buiten de striktere artikelen 290 en 291 VWEU om.

Hoewel het Hof hiermee kennelijk een *carte blanche* laat aan de wetgever, doet deze laatste er goed aan deze niet volledig uit te buiten. Het is immers twijfelachtig of uit artikelen 290 en 291 VWEU inderdaad geen enkel prerogatief vloeit voor de Commissie, waarmee de wetgever moet rekening houden.

5.2 De sluisdeuren open voor atypische uitvoeringshandelingen?

Op dit punt had de advocaat-generaal nog geoordeeld dat de bevoegdheid tot uitvoeringshandelingen onder artikel 291 VWEU gedelegeerd kon worden aan agentschappen, niettegenstaande de bewoordingen van dat artikel en dit in tegenstelling tot de bevoegdheid om gedelegeerde handelingen vast te stellen onder artikel 290 VWEU, die hij exclusief voor de Commissie reserveerde.⁴⁴ Na dit arrest rijst dus de vraag wat de limieten zijn voor de wetgever om (impliciet) atypische uitvoeringshandelingen te creëren die dan aangenomen kunnen worden door de EU-agentschappen, andere organen van de EU of, waarom niet, de Commissie zelf.

Hierbij zou gevreesd kunnen worden dat het Hof nu de sluisdeuren heeft opgezet en alle rationalisering die door het Verdrag van Lissabon werd gebracht, teniet heeft gedaan door een *carte blanche* te geven aan de wetgever. Zo ver hoeft het

43 Het Hof erkende dat de Raad (toen als enige wetgever) de keuze had om al dan niet uitvoeringsbevoegdheden te delegeren, maar als deze keuze eenmaal gemaakt was, konden bevoegdheden enkel aan de Commissie gedelegeerd worden. Dit verschilt van het huidige art. 291 VWEU dat de keuze om uitvoeringsbevoegdheden te delegeren objectieveert en niet meer in de handen van de wetgever laat. Zie ook M. Chamon, Comitologie onder het Verdrag van Lissabon, SEW 2013, 2, p. 68.

44 Zie de conclusie van A-G Jääskinen, r.o. 85-6.

echter niet te komen. Immers, atypische uitvoeringshandelingen bestaan al langer. Zo voldoen de besluiten genomen door het Europees Merkenbureau en het Plantenvariëteitenagentschap (CPVO) op het eerste gezicht ook aan de definitie van de uitvoeringshandeling onder artikel 291 VWEU. Toch worden ze sinds midden jaren negentig aangenomen als een soort *sui generis* handelingen. Deze tempering van enige bezorgdheid doet echter niet af aan het gegeven dat de rechterlijke bevestiging van deze praktijk hoe dan ook een risico inhoudt en dat de wetgever er goed aan zou doen zijn passie in deze te temperen (vgl. *supra*).

5.3 De toepassing van *Meroni-light*

Met betrekking tot *Meroni* werd opgemerkt dat het Hof geopteerd heeft voor een *Meroni-light*. Hier rijst de vraag hoe de wetgever in de toekomst kan nagaan of de bevoegdheden die hij wenst toe te kennen aan een agentschap de *Meroni-light* test zouden doorstaan. Dit is niet geheel duidelijk aangezien de toepassing door het Hof van deze test in *short selling* ook betwijfeld kan worden. Hoewel ESMA inderdaad enkel kan optreden wanneer er sprake is van een systeembedreigende situatie die niet of onvoldoende geadresseerd wordt door nationale autoriteiten, komt het onder de logica van artikel 28 van Verordening 2012/236/EU wel aan ESMA zelf toe om te bepalen of aan deze voorwaarden is voldaan.

De voorwaarden waaraan het eigenlijke optreden van ESMA moet voldoen, zoals bepaald in artikel 28 lid 3, zijn daarbij om evidente reden algemeen geformuleerd. Bij wijze van voorbeeld kan verwezen worden naar de voorwaarde dat het optreden van ESMA geen negatieve gevolgen mag hebben die onevenredig zijn aan de voordelen van de maatregelen genomen door ESMA.

Verder is het overleg dat ESMA moet plegen met andere actoren voorafgaand aan het aannemen van een maatregel een louter procedurele verplichting, die geen weerslag hoeft te hebben op de inhoud van een aan te nemen maatregel.

Of de mogelijkheid voor de Commissie om per gedelegeerde handeling nadere maatregelen te treffen het discretionair karakter van de bevoegdheid van een agentschap kan beïnvloeden hangt uiteraard af van de vraag of de Commissie deze mogelijkheid daadwerkelijk aangrijpt en wat de inhoud dan is van de gedelegeerde handeling. *In casu* had de Commissie inderdaad nadere maatregelen genomen, maar inhoudelijk bleven deze, noodzakelijkerwijs, opnieuw heel algemeen. Zo verduidelijkt de Commissie dat onder een systeembedreiging o.a. verstaan moet worden: ‘elke mogelijke ernstige financiële, monetaire of budgettaire instabiliteit betreffende een lidstaat of het financiële stelsel binnen een lidstaat wanneer deze de ordelijke werking en de integriteit van de financiële markten of de stabiliteit van het gehele of een deel van het financiële stelsel in de Unie ernstig kan bedreigen.’⁴⁵ Het lijkt echter niet geheel overtuigend om te stellen dat zo een verduidelijking inderdaad de discretionaire marge van een EU-agentschap beperkt.

45 Zie art. 24 lid 3 onder a van Verordening 2012/918/EU.

Bovendien moet hier gewezen worden op de bevoegdheid van een aantal agentschappen om de gedelegeerde handelingen van de Commissie voor te bereiden (vgl. *supra*).⁴⁶ Hoewel dit betwistbaar lijkt, kan de wetgever dus de bevoegdheid van een agentschap beperken door de Commissie te machtigen gedelegeerde handelingen vast te stellen en dit niettegenstaande het feit dat zulke gedelegeerde handelingen in eerste instantie werden uitgewerkt door dat agentschap zelf.⁴⁷

Zoals hiervoor opgemerkt doet de wetgever er goed aan om bij toekomstige machtigingen aan EU-agentschappen een mix van criteria en voorwaarden bij de uitoefening van de toegekende bevoegdheid te voorzien. Het cumulatief effect van deze criteria en voorwaarden moet dan resulteren in een voldoende gebonden bevoegdheid van het agentschap.

5.4 *Omvang van de rechterlijke toetsing*

Hoewel dit betrekking heeft op de uitoefening van de bevoegdheid door een agentschap, eerder dan de machtiging van een agentschap door de wetgever, moet ook opgemerkt worden dat het Hof in *short selling* wees op het precieze kader waarbinnen ESMA opereert. Dit zou toelaten aan de rechter om het handelen van ESMA te toetsen aan de doelstellingen vooropgesteld door de wetgever.

Dit kan opmerkelijk genoemd worden, gelet op de nadruk die het Hof elders in zijn arrest legt op de specifieke professionele en technische deskundigheid die vereist is en waarvoor ESMA het geknipte orgaan is.⁴⁸ Dit doet de vraag rijzen in hoeverre de rechter inderdaad het optreden van expertiseorganen zoals de agentschappen ten volle kan toetsen aan de doelstellingen van de wetgever, aangezien het orgaan in kwestie veel meer expertise heeft in de betrokken materie dan de EU-wetgever, de Commissie, of de EU-rechter. Zal het Hof bij een mogelijk toekomstige toetsing van de uitoefening van een bevoegdheid niet eerder de ruime beoordelingsmarge van het expertiseorgaan onderstrepen? In dit opzicht moet gewezen worden op eerdere rechtspraak van het Gerecht met betrekking tot handelingen aangenomen door EU-agentschappen. Zo merkte het Gerecht in *Schröder*, een zaak tegen het CPVO, op dat '[v]olgens de rechtspraak van het Hof een gemeenschapsinstantie, wanneer zij bij de vervulling van haar taak ingewikkelde, met name economische beoordelingen dient te verrichten, over een ruime beoordelingsvrijheid [beschikt] die slechts is onderworpen aan een beperkte rechterlijke toetsing'.⁴⁹ Recent ging het Gerecht hier nog verder in, in de *Rütgers*-zaak met betrekking tot een beslissing van het Europees Chemicaliën Agentschap (ECHA): 'Wat het rechterlijk toezicht op de in het voorgaande punt vermelde [proportionaliteits]voorwaarden betreft, moet ECHA een ruime beoordelingsbevoegdheid worden toegekend op een gebied dat vereist dat het politieke,

46 Over de rol van agentschappen in het uitwerken van uitvoerings- en gedelegeerde handelingen onder art. 290 en 291 VWEU zie, Chamon, *supra* noot 43, p. 73-74.

47 Zo werd de gedelegeerde Verordening 2012/918/EU van de Commissie, door ESMA voorgesteld in het advies ESMA/2012/263.

48 Zie *short selling*, r.o. 82, 85 en 105.

49 GvEA 19 november 2008, zaak T-187/06, *Schröder*, Jur. 2008, p. II-3151, r.o. 59.

economische en sociale keuzes alsook ingewikkelde beoordelingen maakt. Een op dit gebied vastgestelde maatregel is slechts onrechtmatig wanneer hij kennelijk ongeschikt is om het door de wetgever nagestreefde doel te bereiken.⁵⁰ Hoe de rechtspraak in deze laatste twee zaken zich verhoudt met *Meroni*(-light) is onduidelijk en bijgevolg is het jammer dat het Hof in de *short selling*-zaak hier geen verdere aanwijzingen voor geeft.

5.5 Het einde van het institutioneel evenwicht

Een voorlaatste punt dat hier vermeld moet worden heeft betrekking op de grote afwezige in *short selling*. Indien men er de rechtsleer op naslaat zou men veronderstellen dat de *Meroni*-doctrine eng gelieerd is met het beginsel van institutioneel evenwicht en dat bijgevolg een toetsing van een machtiging aan een EU-agentschap niet kan geschieden zonder na te gaan hoe deze machtiging het evenwicht tussen de instellingen beïnvloedt. Het valt immers niet te ontkennen dat de mogelijkheid die het Hof laat aan de wetgever om het stelsel van gedelegeerde uitvoeringshandelingen in artikelen 290 en 291 VWEU uit te breiden via secundair recht, de positie van de Commissie onder de Verdragen (nadelig) beïnvloedt. Advocaat-generaal Jääskinen verwees in zijn conclusie inderdaad naar het institutioneel evenwicht,⁵¹ zonder evenwel zijn analyse op dit beginsel te bouwen. Het Hof gaat hier nog verder in, door zelfs geen enkele keer te verwijzen naar het institutioneel evenwicht. De *short selling*-zaak was evenwel een opportuniteit bij uitstek voor het Hof om een analyse op te bouwen rond dit Europeesrechtelijk beginsel en het daadwerkelijk enig belang te geven. Opnieuw wordt echter bevestigd dat het Hof geen heil ziet in het institutioneel evenwicht als instrument om de rechterlijke toetsing te gidsen.⁵² Net zoals het Hof *Romano* ontgaan heeft van enig belang, lijkt hetzelfde gebeurd voor het institutioneel evenwicht in deze zaak. Dit hoeft overigens niet volledig te verbazen, gelet op het belang dat het institutioneel evenwicht (impliciet) speelde in *Romano*.⁵³

Zoals hiervoor reeds opgemerkt betekent dit echter niet dat deze kwestie van de baan is. Aangezien de EU-wetgever raakt aan de prerogatieven van de Commissie telkenmale hij een agentschap machtigt, zal deze vraag aan de orde blijven komen in de wetgevingspraktijk. Zolang de Commissie, Raad en Parlement een vergelijk kunnen vinden in die praktijk met betrekking tot dit heikel punt, zal deze vraag vermoedelijk niet voorgelegd worden aan het Hof. De *short selling*-zaak toont echter aan dat ook een individuele lidstaat er baat bij kan hebben om de institutionele positie van de Commissie te verdedigen, zelf indien hij hierin niet gevolgd wordt door de Commissie zelf.

50 GvEA 7 maart 2013, zaak T-96/10, Rütgers, n.n.g., r.o. 134 (eigen nadruk).

51 Zie de conclusie van A-G Jääskinen, r.o. 64.

52 Zie D. Chalmers, Justifying institutional accomodation, (2008) 33 European Law Review 4, p. 456.

53 Zie M. Chamon, EU Agencies between Meroni and Romano or the Devil and the Deep Blue Sea, (2011) 48 Common Market Law Review 4, p. 1063.

5.6 Gevolgen voor het toezicht op EU-agentschappen

Ondanks het vonnis van het Hof in deze zaak blijven de EU-agentschappen geplaagd door het gebrek aan verankering in het primair recht. In zekere zin zet dit arrest van het Hof een aantal problemen zelfs op scherp. Doordat het Hof een verregaande bevoegdheidstoekenning ten gunste van EU-agentschappen bekrachtigd heeft, komt de vraag naar het toezicht op deze organen immers nog nadrukkelijker op de voorgrond.

Hier moeten twee zaken worden opgemerkt. Enerzijds voert de Commissie geen (hiërarchisch) gezag uit over de EU-agentschappen,⁵⁴ anderzijds heeft het Parlement enkel ten aanzien van van de Commissie als uitvoerende macht een volledige parlementaire controlefunctie.⁵⁵ Wanneer bevoegdheden toegekend worden aan EU-agentschappen door de wetgever, kan doorgaans een verticale en horizontale verschuiving van bevoegdheden opgemerkt worden. Enerzijds wordt een EU-agentschap bevoegd in materies waar voorheen de (autoriteiten van de) lidstaten bevoegd waren. In *short selling* was dit heel duidelijk aangezien nationale financiële autoriteiten voorheen exclusief bevoegd waren om *shorting* te verbieden, terwijl ze deze bevoegdheid nu moeten delen met ESMA. Anderzijds wordt deze bevoegdheid niet toegekend aan de autoriteit die de Verdragen op het eerste zicht hiervoor aanwijzen (de Commissie), maar aan een autoriteit die hiervoor niet voorzien is in de Verdragen. In termen van toezicht betekent dit enerzijds dat de nationale parlementen geen toezicht meer kunnen uitoefenen (aangezien de nationale autoriteit niet meer bevoegd is)⁵⁶ en anderzijds dat het Europees Parlement ook maar een beperkt toezicht uitoefent, aangezien zijn bevoegdheden ten aanzien van EU-agentschappen beperkter zijn dan deze en aanzien van de Commissie.

Bijgevolg kan de vraag gesteld worden naar de opportuniteit van deze verschuivingen, gelet op de vermindering aan (democratisch) toezicht die met deze verschuivingen gepaard gaat. Een oplossing hier zou uiteraard zijn om het gezag van de Commissie over EU-agentschappen en/of het toezicht van het Europees Parlement te versterken. Dit zou perfect kunnen zonder een verdragswijziging en werd ook gecontempleerd door de Commissie toen ze een interinstitutioneel akkoord betreffende een kader voor de EU-agentschappen voorstelde.⁵⁷ Dit voorstel kon

54 Dit is anders voor de uitvoerende agentschappen door de Commissie zelf opgericht op grond van Verordening 2003/58/EG. De uitvoerende agentschappen zijn evenwel een andere categorie dan de zogenoemde gedecentraliseerde agentschappen, waaronder ESMA.

55 Het Parlement heeft wel zijn typische budgettaire bevoegdheid ten aanzien van de agentschappen die een subsidie uit de algemene EU-begroting ontvangen.

56 Hier moet echter ook opgemerkt worden dat er niet enkel een tendens is naar agentificatie van de EU-uitvoerende macht zelf. EU-richtlijnen schrijven ook alsmaar meer voor dat de lidstaten in bepaalde economische sectoren 'onafhankelijke regulatoren' dienen op te richten. Deze onafhankelijke regulatoren komen dan op Europees niveau samen in EU-agentschappen. Zowel op nationaal als Europees niveau ontsnappen deze onafhankelijke regulatoren dan gedeeltelijk aan parlementair toezicht. Voor een korte bespreking zie M. Chamon, *Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes: nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie*, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht 2013, 2-3, p. 120-121.

57 Zie COM (2005)59 definitief.

echter enkel het Parlement en niet de Raad overtuigen, waardoor dit hervormingsproces uiteindelijk uitmondde in een niet-bindende en inhoudelijk magere Common Approach.⁵⁸ De vraag naar een adequaat toezicht op EU-agentschappen blijft dus open en dat geldt nog meer na de *short selling*-zaak. De EU-wetgever zou er bijgevolg goed aan doen hier meer aandacht aan te besteden bij toekomstige machtigingen aan (of bij de oprichting van) EU-agentschappen.

6. De *short selling*-zaak: een balans

Een en ander op een rij gezet, lijkt *short selling* twee (of drie) overwinnaars te hebben, twee verliezers en twee dodelijke slachtoffers.

Ontegensprekelijk is de grootste winnaar ESMA en bij uitbreiding alle EU-agentschappen en het hele proces van agentificatie dat nu verder kan doorstomen. Eerder werd al opgemerkt dat met de oprichting van de drie financiële autoriteiten en ACER een kwalitatieve sprong werd gemaakt, aangezien deze EU-agentschappen veel verdergaande bevoegdheden werden toebedeeld dan de agentschappen van de eerste generatie.⁵⁹ Deze kwalitatieve sprong werd nu gesanctioneerd door het Hof. De tweede winnaar is de EU-wetgever (of de Raad en het Parlement) die de goedkeuring heeft gekregen van het Hof om een eerder dubieuze institutionele praktijk verder te zetten en, wie weet, nog verder te ontwikkelen.

Een eerste verliezer is uiteraard het VK dat zijn beroep afgewezen zag, ondanks de sterke argumenten die het had aangebracht. Het VK verliest hiermee niet enkel deze zaak, maar meer algemeen verliest het ook grip op de uitvoering van het EU-recht (in de financiële sector). Deze zaak is immers een belangrijk precedent voor verdere wetgeving en bevoegdheidsuitbreidingen ten gunste van ESMA, de twee andere financiële autoriteiten op EU-niveau,⁶⁰ en bij uitbreiding ook de overige EU-agentschappen in andere economische sectoren. Een tweede verliezer is de Commissie. Haar functie als primair uitvoerend orgaan van de EU wordt met dit arrest verder ondermijnd, aangezien de EU-wetgever aanzienlijke bevoegdheden kan toekennen aan agentschappen die deze zonder directe inmenging van de Commissie kunnen uitoefenen. In haar pleidooi had de Commissie overigens geopperd dat bevoegdheden onder artikel 291 VWEU misschien wel toegekend kunnen worden aan agentschappen, maar dat de gedelegeerde handeling onder artikel 290 VWEU het *domaine réservé* blijft van de Commissie.⁶¹ Het Hof echter

58 Zie European Parliament, Council of the EU and European Commission, Common Approach on decentralised agencies, 19 juli 2012. Voor een kritiek zie E. Bernard, *Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d'une souris*, (2012) *Revue de Droit de l'Union Européenne*, CJEUL Online, p. 3-4.

59 *Ibid.*, p. 1056.

60 Zie in dit opzicht de vordering die het VK heeft ingesteld in zaak C-507/13 tegen de CRD IV Richtlijn aangezien o.a. aan de Europese Bankautoriteit de bevoegdheid wordt gegeven om criteria vast te stellen om te bepalen welke functionarissen in de financiële sector onderworpen worden aan de bonusbegrenzing die met die Richtlijn wordt ingevoerd.

61 *Short selling*, r.o. 76.

ging niet op deze uitnodiging in en bijgevolg wordt aan de reeds bestaande wetgevende praktijk, waarbij de prerogatieven van de Commissie onder artikel 290 VWEU worden geërodeerd, ook geen halt toegeroepen.⁶²

De twee dodelijke slachtoffers zijn, zoals hiervoor uiteengezet, het *Romano*-arrest en het institutioneel evenwicht. Hoewel het Hof hier moeilijk kan bijgetreden worden, heeft het geoordeeld dat *Romano* niets toevoegt aan *Meroni*. Verder bevestigt het Hof een gevestigde gewoonte, waarbij het nooit ingaat op argumenten gebaseerd op het institutioneel evenwicht, opgeworpen door om het even welk type partij (EU-instellingen, lidstaten, particulieren). In die zaken waarin het institutioneel evenwicht een belangrijke rol heeft gespeeld, werd het door het Hof zelf opgeworpen.⁶³ Hoewel het Hof het institutioneel evenwicht zelf heeft gekwalificeerd als beginsel,⁶⁴ blijkt nogmaals uit de praktijk dat het geen inroepbaar beginsel is en dus van weinig waarde voor de rechtzoekende, ongeacht of dit een EU-instelling, een lidstaat of een particulier is. Het praktisch gevolg hiervan is, opnieuw, een bevestiging van de grote vrijheid in hoofde van de EU-wetgever bij het opmaken van nieuwe wetgeving die bevoegdheden toekent aan agentschappen: noch *Romano*, noch het institutioneel evenwicht stelt limieten aan zijn beoordelingsvrijheid.

7. Conclusie

Een en ander wel beschouwd heeft de *short selling*-zaak een verduidelijking gebracht wat betreft de mogelijkheden van de EU-wetgever om EU-agentschappen te machtigen.

Bij zo een machtiging lijkt de voornaamste (of enige?) maatstaf nu de essentie van de *Meroni*-doctrine te zijn, die volgens het Hof neerkomt op een verbod om discretionaire bevoegdheden toe te kennen. Wat onder discretionaire bevoegdheden verstaan dient te worden valt niet meer af te leiden uit een abstracte regel zoals oorspronkelijk in *Meroni*, maar hangt af van de context. Het resultaat is een *Meroni*-light waarbij de EU-wetgever een grote vrijheid verkrijgt. Vrijwel elke bevoegdheid kan nu toegekend worden aan een agentschap, zolang de EU-wetgever er maar voor zorgt dat er voldoende 'context' is. Hiervoor kan gezorgd worden door de voorwaarden voor de uitoefening van een bevoegdheid duidelijk uiteen te zetten; materiële criteria en/of procedurele verplichtingen voor het optreden van het agentschap op te leggen; de mogelijkheid te laten aan de Commissie om verdere handelingen aan te nemen ter concretisering van de wetgevingshandeling; enzovoort.

62 Zie bijvoorbeeld art. 82 lid 3 van Verordening 2012/648/EU, dat voorziet dat de Commissie ESMA zal trachten te raadplegen voor het een gedelegeerde handeling vaststelt. De Commissie heeft zich, tevergeefs, verzet tegen deze provisie in de Verordening. Zie European Commission, 'Communication on the actions taken on opinions and resolutions adopted by Parliament at the March I and II 2012 part-sessions', SP (2012) 323.

63 Zie ook M. Chamon, noot bij zaak C-77/11, SEW 2014, 2, te verschijnen.

64 Zie HvJ EG 6 mei 2008, zaak C-133/06, *Parlement/Raad*, Jur. 2008, p. I-3189, r.o. 56-57.

In *short selling* werd ook verduidelijkt dat de EU-wetgever, bij het machtigen van EU-agentschappen, niet meteen hoeft in te zitten met eventuele inbreuken op de prerogatieven van de Commissie. De EU-agentschappen kunnen handelingen aannemen die sterk gelijken op de handelingen zoals beschreven in artikelen 290 en 291 VWEU, zonder hierdoor evenwel inbreuk te maken op de bevoegdheid van de Commissie om de handelingen beschreven in die artikelen aan te nemen. Hier stelt het Hof echter een potentieel gevaarlijk precedent aangezien het niet bestaanbaar met de Verdragen lijkt om de bevoegdheden van de Commissie onder artikelen 290 en 291 VWEU *de facto* uit te hollen, mocht de wetgever consequent gelijkaardige bevoegdheden aan EU-agentschappen, in plaats van aan de Commissie, toekennen.

Hoewel het Hof opmerkelijk genoeg niet verwees naar het institutioneel evenwicht, wordt de positie van de Commissie dus duidelijk ondergraven. Ook het vraagstuk naar het toezicht op EU-agentschappen komt na het vonnis opnieuw op de voorgrond. De wetgever zou beide problemen kunnen aanpakken door het gezag van de Commissie over de EU-agentschappen uit te breiden en te verstevigen.